



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente: 11001-03-25-000-2013-00699-00 (1404-2013)
Demandante: **Federico Franco Mendoza**
Demandado: Superintendencia Nacional de Salud
Temas: Sanción suspensión
Actuación: Sentencia (única instancia)

Agotado el trámite procesal de instancia y como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala se ocupa de dictar sentencia de mérito dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (ff. 191 a 210). El señor Federico Franco Mendoza, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), demanda a la Superintendencia Nacional de Salud, para que se acojan las pretensiones que a continuación se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad i) de la Resolución 2 de 30 de julio de 2009, expedida por el jefe de control disciplinario interno de la Superintendencia Nacional de Salud, a través de la cual sancionó disciplinariamente al demandante con suspensión en el ejercicio del cargo por once (11) meses; y ii) de la Resolución 1548 de 6 de noviembre de 2009, con la que el superintendente *ad hoc* confirmó la sanción.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita el actor que se condene a la demandada a que le pague todos los derechos laborales que dejó de percibir durante la suspensión, incluidos los que se consolidaron durante el tiempo de la cesación, debidamente indexados; el pago del 100% de los aportes a pensión y salud que se adeuden como consecuencia de la sanción; que para todos los efectos legales se declare que no existió solución de continuidad y que dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del CCA.



1.3 Hechos. En vista de la defectuosa y confusa demanda que impide establecer con claridad los supuestos de hecho que motivaron la sanción disciplinaria impuesta en los actos demandados, la Sala extrae del expediente los siguientes antecedentes fácticos y jurídicos.

Según la decisión administrativa de primera instancia (f. 2), el demandante fue nombrado en el cargo de secretario ejecutivo (e) de la Superintendencia Nacional de Salud el 10 de diciembre de 2007; tomó posesión del cargo el 12 de los mismos mes y año; y para la época de la sanción [30 de julio de 2009] prestaba sus servicios en la superintendencia delegada para la función jurisdiccional y de conciliación.

Sobre los hechos que motivaron la investigación disciplinaria de oficio, en el acto sancionatorio de primera instancia la entidad relata que *«El día 27 de marzo de 2008, ...el funcionario Federico Franco Mendoza, haciendo uso del correo institucional, dirigió un correo electrónico a todos los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud, en el que difundía el posible nombramiento de Superintendente Nacional de Salud, a quien, sin mencionar su nombre, le daba la bienvenida. Así mismo, daba a conocer el presunto nombramiento de una Secretaria General, precisando que la funcionaria al servicio de la entidad, Alejandra Avella se encontraba “haciendo PROTOCOLO”, hecho que “de llegarse a dar”, para el autor del correo “sería el acabose”. Al día siguiente, el mismo servidor público... dirigió un correo a la funcionaria Alejandra Ignacia Avella Peña, con copia a todos los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud, en el que se refería a la elaboración de una “Circular Única” que al decir del autor del correo había sido encomendada por el Superintendente a la funcionaria y que al parecer pasaban los días y “no aparece la famosa Circular”»* (f. 2).

Expresa el actor en la demanda, que como consecuencia del correo electrónico arriba citado, el 28 de marzo de 2008, la jefe de control disciplinario interno de la entidad inició indagación preliminar en su contra y el mismo día fue citado a rendir declaración (f. 192).

Considera irregulares hechos como que: i) una vez iniciada la indagación preliminar, la entidad tenía 3 días para informar al CAP de la procuraduría la aprehensión del conocimiento del asunto y no lo hizo; ii) con oficio de 28 de abril de 2008 la entidad invocó el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación en vista de un inexistente conflicto de competencias; iii) el 28 de



septiembre de 2008 se cumplieron los 6 meses previstos en el artículo 150 del CDU para abrir la investigación sin que la entidad cumpliera dicho plazo, pues solo la inició el 9 de enero de 2009. Manifiesta que el pliego de cargos de 9 de febrero de 2009 adolece de técnica jurídica, es *inconcreto*, difuso, «*no se ve en la descripción de las conductas, con precisión la subsunción entre la norma presuntamente violada y la conducta que se infiere irregular*», y tampoco se encuentra la adecuación de las acciones u omisiones del investigado (f. 196).

Afirma que se corrió término para alegar de conclusión sin decretar algunas de las pruebas solicitadas y por ello interpuso recurso de reposición, el cual fue rechazado de plano en la decisión de primera instancia; los fundamentos de la sanción se basaron en documentos que nunca fueron decretados como pruebas, tales como los escritos de los señores Juan Gabriel Durán, Nelson Mayorga y Sonia Adriana. Finalmente indica que fue suspendido de su cargo el 1 de diciembre de 2009.

1.3.1 Síntesis del hecho generador de la investigación disciplinaria. Al funcionario Federico Franco Mendoza, la Superintendencia Nacional de Salud lo investigó y sancionó disciplinariamente con suspensión del cargo por once (11) meses, por usar indebidamente el correo institucional de la entidad para emitir mensajes injuriosos e irrespetuosos contra funcionarios de la entidad y publicar, imprimir y difundir mensualmente el que autodenominó «*pasquín panfletario*» bajo las mismas circunstancias, y con recursos y elementos oficiales, durante 2008 y 2009.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. El demandante considera que los actos acusados son violatorios de los artículos 29 de la Constitución Política; 81 y 150 de la Ley 734 de 2002; 84 del Código Contencioso Administrativo; y 2 de la Resolución 346 de 2002 de la Procuraduría General de la Nación.

En procura de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos censurados, además de lo expresado en los hechos de la demanda, expone⁴ que fueron proferidos por quienes no tenían competencia para ello, con violación del debido proceso y de la presunción de inocencia. Sustentó los cargos así:

1.4.1 Funcionarios incompetentes y expedición irregular. Aduce que la conductora de la investigación disciplinaria de primera instancia, no era la

⁴ Folio 196



persona idónea para adelantar el procedimiento, en razón a que se desempeñaba como asesora del despacho del superintendente y a la vez jefe de la oficina de control disciplinario interno; al cumplir un «doble rol» se veía afectada la autonomía, independencia e imparcialidad y no garantizaba el principio de la segunda instancia. Dice que las funciones adicionales que desempeñaba no cumplieron el requisito de corresponder a la naturaleza del empleo, según lo estipulaba la circular externa 100-003 de 25 de febrero de 2009 del DAFP.

1.4.2 Violación del debido proceso y la presunción de inocencia. Manifiesta el actor que se sobrepasaron los seis (6) meses de la indagación preliminar previstos en el artículo 150 del CDU, sin embargo, se continuó la actuación para mantener *sub judice* al inculpado; que el vencimiento del término implicaba la inexistencia de la actuación posterior, incluido el pliego de cargos, las pruebas, en consecuencia operaba la revocatoria del “fallo” y el archivo del caso. El hecho de enviar el expediente a la procuraduría no acarrea la suspensión de términos, pues precisamente lo que se busca es que el investigado no permanezca indefinidamente sometido a un procedimiento disciplinario.

Que la investigadora inexplicablemente dejó pasar el tiempo y lo aprovechó para ir coleccionando los *pasquines panfletarios* que sacaba el disciplinado; que el recurso de reposición contra el acto que ordenó presentar alegatos de conclusión se resolvió en la decisión de primera instancia, cuando debió hacerse antes para así tener un término más prolongado para presentar las alegaciones y que la decisión de segunda instancia tampoco resolvió todos los planteamientos. Por las mismas razones considera que los actos demandados fueron falsamente motivados.

1.4.3 Inexistencia de proporcionalidad y razonabilidad. Las sustenta en que se acudió a pruebas no decretas, se le desconoció su rol como representante de los trabajadores y no se valoraron documentos importantes; se rotularon los razonamientos de la respuesta de pliego de cargos como divagaciones.

1.4.4 Desconocimiento del derecho fundamental a la libertad de expresión e información. Sostiene que la investigadora «convirtió el cuestionamiento inicial sobre utilización del correo interno de la entidad, en un ataque dosificado y frontal en contra de la publicación que editaba el actor y de los contenidos de esta derivó responsabilidad disciplinaria» (f. 208).



1.5 Contestación de la demanda (ff. 357 a 363). El apoderado de la entidad solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda. Afirma que los actos acusados fueron expedidos de conformidad con los principios constitucionales y legales.

Adujo que no existió falta de competencia de los funcionarios que expidieron los actos demandados. El actor confunde *cargo* con *asignación de funciones* y desconoce el Decreto 1019 de 2007, mediante el cual se modificó la planta de personal de la entidad. Las *coordinaciones* no constituyen *cargos*. El Decreto 1018 de 2009 concedió a la secretaría general la función de coordinar las investigaciones disciplinarias.

Que la señora María Claudia Soto Franco era la jefe de control disciplinario interno, responsable de adelantar los procedimientos disciplinarios y de proferir las decisiones de primera instancia; que el superintendente *ad hoc* para resolver la segunda instancia fue nombrado por el ministro de salud, con fundamento en el numeral 13 del artículo 189 constitucional y en el Decreto 3575 de 2009. Aduce que las decisiones cuestionadas se encuentran debidamente justificadas con cada uno de los argumentos.

Opuso como **excepciones** las de: i) *legalidad de la actuación*, por cuanto se ajustó al Código Disciplinario Único y a todos los requerimientos constitucionales y legales para sancionar al demandante; ii) *inepta demanda*, en razón a que la solicitud de conciliación extrajudicial ante la procuraduría judicial administrativa no cumplió el deber de «*individualizar con toda precisión*» las pretensiones y porque lo solicitado en la demanda no es lo mismo de la conciliación, no demandó la Resolución 1676 de 1 de diciembre de 2009, por medio de la cual se dio cumplimiento a la suspensión del cargo; iii) *indebido agotamiento de la vía gubernativa*, ya que en el recurso de apelación contra la Resolución 2 de 30 de julio de 2009 no precisó el concepto de la presunta violación sino que se limitó a cuestionar la falta de competencia de los funcionarios.

1.6 Período probatorio. Mediante auto de 14 de marzo de 2014 (f. 371), se abrió el proceso a pruebas y se tuvieron en cuenta los documentos allegados por las partes.

1.7 Alegatos de conclusión. Con proveído de 29 de agosto de 2014 (f. 381), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y el Ministerio Público emitiera concepto.



1.7.1 Parte demandante (ff. 382 a 386). Expresa en sus alegatos que los actos demandados incurrieron en defecto fáctico y por ello solicita que se excluyan del expediente disciplinario las pruebas en las cuales se fundamentó la calificación jurídica de la falta, como los escritos de los señores Juan Gabriel Durán, Nelson Mayorga y Sonia Adriana porque, afirma, fueron pruebas que nunca se decretaron, por tanto son nulas y no se pueden tener en cuenta.

Que las decisiones acusadas son la conclusión de un aparente procedimiento regular, viciado desde su umbral porque su conductora no era competente, ni quien decidió la segunda instancia. Asegura que a lo largo del procedimiento se evidencia el prejuzgamiento de la señora Soto, quien tomó partido con su posición subjetiva y emitió una decisión sin describir un comportamiento que pudiera probarse. Por lo demás, reiteró los argumentos de la demanda.

1.7.2 Parte demandada (ff. 387 a 391). Expresa, a modo de alegatos, que si bien es cierto que la Procuraduría General de la Nación goza del poder preferente para investigar, también lo es que cuando no ejerce tal atribución, la competencia le corresponde a la oficina de control disciplinario interno de la entidad, tal como ocurrió en el presente caso, en virtud de que a través de oficio de 10 de diciembre de 2008 la procuradora primera delegada para la vigilancia administrativa negó la solicitud de asumir la investigación (f. 388).

Manifiesta que a través de la Resolución 1052 de 27 de junio de 2007 (artículo 5¹¹), la entidad demandada nombró a la señora María Claudia Soto Franco, *asesora* grado 13, código 1020 del despacho, para que conociera y tramitara los asuntos disciplinarios de primera instancia que se adelantaran contra los funcionarios de la entidad con grado igual o inferior al de asesor grado 13, y el demandante, por su parte, fue nombrado mediante Resolución 2025 de 10 de diciembre de 2007, como *secretario ejecutivo* encargado, código 4210, grado 16, y para la época de los hechos prestaba sus servicios en la superintendencia delegada para la función jurisdiccional y de conciliación, es decir, ocupaba un

¹¹ «**ARTÍCULO 5o.** <Resolución revocada por el artículo 4 de la Resolución 24 de 2009> *Designar* a la doctora María Claudia Soto Franco, quien se desempeña en el cargo de Asesor Grado 13 Código 1020 del Despacho, a fin de que conozca y tramite los procesos disciplinarios de Primera Instancia que se adelanten en contra de los servidores de la Entidad, que desempeñen cargos con grado igual o inferior al de Asesor Grado 13, en los términos establecidos en el Código Disciplinario Único, lo cual implicará, además, el registro y control de los procesos con responsabilidad y reserva.

PARÁGRAFO 1o. La designación de que trata el presente artículo podrá recaer en funcionarios pertenecientes a la dependencia asignada o al Despacho, siempre y cuando pertenezcan, como mínimo, al nivel profesional de la administración, en los términos del parágrafo 2o del artículo 76 del Código Disciplinario Único.

PARÁGRAFO 2o. La segunda instancia será de competencia del Superintendente Nacional de la Salud»



cargo inferior al de la investigadora, por lo tanto, sí era la competente para conocer del procedimiento.

Hizo un resumen de las actuaciones adelantadas por la entidad, de las cuales se destacan: a) que después de ordenada la apertura de la indagación preliminar, la oficina de control disciplinario hizo seguimiento a los nuevos hechos que seguía publicando el demandante; b) mediante auto 10 de 28 de abril de 2008, se resolvió acumular «a la indagación preliminar ordenada mediante auto 0004 de marzo 28 de 2008 las conductas conexas que le han precedido y que le son comunes»; c) el demandante fue notificado personalmente el 9 de enero de 2009 de la apertura de la investigación disciplinaria; d) el actor hizo entregas personales del *pasquín panfletario* a la oficina investigadora el 4 de abril de 2008 y 20 de enero de 2009, los cuales fueron incorporados a la investigación; e) con decisión de 9 de julio de 2009 se corrió traslado para alegar de conclusión, acto que se notificó por estado al día siguiente, y se envió por correo al investigado, sin que se allegara escrito de alegaciones; f) que de todas las actuaciones hay constancias de su notificación, o de su envío por correo y de las publicaciones que se hicieron en los respectivos estados.

1.8 Concepto del Ministerio Público (ff. 393 a 399). La procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado presentó escrito en el que solicita que se nieguen las súplicas de la demanda y se mantenga la legalidad de los actos enjuiciados.

Conceptúa que conforme al artículo 2 de la Ley 734 de 2002, no existió falta de competencia de los funcionarios que profirieron las decisiones acusadas, y por tanto, el cargo no debe prosperar.

Que en el plenario quedó debidamente demostrado el incumplimiento de los deberes (artículo 34 del CDU) y la conducta irregular del actor, cuando hizo uso indebido del correo electrónico de la entidad y «*difundió un documento que denominó PASQUÍN PANFLETARIO, en el cual hacía unos señalamientos contra diversos funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud, el cual presentaba a nombre de los funcionarios de la Superintendencia, en horario laboral y haciendo uso de bienes del Estado, pues los enviaba desde el computador asignado, lo cual denota la afectación al buen nombre de varios directivos de la entidad*» (f. 397).



II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1 Competencia. Conforme a la preceptiva de los numerales 1 y 13 del artículo 128 del CCA y lo dispuesto por la sección segunda del Consejo de Estado en autos de 4 de agosto de 2010¹² y 18 de mayo de 2011¹³, este último complementario del primero, esta Colegiatura es competente para conocer en única instancia de las controversias como la presente, en las que se impugnan sanciones disciplinarias administrativas que impliquen retiro temporal o definitivo del servicio o suspensiones en el ejercicio del cargo, con o sin cuantía, siempre y cuando se trate de decisiones proferidas por autoridades nacionales.

2.2 Actos acusados.

2.2.1 Resolución 2 de 30 de julio de 2009 expedida por la jefe de control disciplinario interno de la Superintendencia Nacional de Salud, a través de la cual sancionó disciplinariamente al actor con suspensión e inhabilidad especial para ejercer cargos públicos por once (11) meses (ff. 2 a 105).

2.2.2 Resolución 1548 de 6 de noviembre de 2009, con la que el superintendente nacional de salud (*ad hoc*) confirmó la sanción anterior (ff. 106 a 187).

2.3 Excepciones. Se impone el estudio de las excepciones opuestas:

2.3.1. Legalidad de la actuación. Sostiene la entidad que se ajustó al Código Disciplinario Único y a todos los requerimientos constitucionales y legales para aplicar la sanción al demandante.

Observa esta Colegiatura que lo planteado no es una excepción previa sino un argumento de fondo contra las pretensiones del actor, por consiguiente, quedará solucionado con las razones que se expongan para decidir el mérito de la presente controversia. Recuerda la Sala que las excepciones *previas, de forma o dilatorias*, están encaminadas a atacar la relación jurídico-procesal entre las partes, es decir, a enervar el ejercicio de la acción, no el derecho sustancial pretendido.

¹² Sala plena de lo contencioso administrativo, sección segunda, auto de 4 de agosto de 2010, radicación 2010-00163-00 (1203-10), M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹³ Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, auto de 18 de mayo de 2011, radicación 2010-00020-00 (0145-10), M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.



2.3.2. Inepta demanda. Considera la entidad que la solicitud de conciliación extrajudicial ante la procuraduría judicial administrativa no cumplió el deber de «*individualizar con toda precisión*» las pretensiones, en los términos del artículo 138 del CCA y, adicionalmente, lo allí solicitado no es lo mismo de la demanda.

La Sala declarará no probada esta excepción en virtud de que el requisito de individualización de las pretensiones se predica de la demanda, no de la conciliación extrajudicial; así lo establece el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo: «*INDIVIDUALIZACION DE LAS PRETENSIONES. Cuando se demande la nulidad de un acto se individualizará éste con toda precisión pudiéndose indicar también los actos de trámite o los que fueron modificados o confirmados en la vía gubernativa. Cuando se pretendan condenas o declaraciones diferentes de la simple nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.*».

Los requisitos formales de la petición de conciliación extrajudicial están fijados en el Decreto 1716 de 2009 (artículo 6), el cual exige que contenga «*c) Los aspectos que se quieren conciliar y los hechos en que se fundamentan; d) Las pretensiones que formula el convocante*»; de modo que las exigencias para demandar no se pueden predicar de la conciliación, ni constituyen motivos para inadmitir o rechazar aquella. Agrega la Sala que este aspecto fue materia de estudio al momento de la admisión de la demanda, como en efecto se hizo en la providencia de 30 de agosto de 2013 (ff. 328 a 329).

Tampoco era necesario que se demandara la Resolución 1676 de 1 de diciembre de 2009, por medio de la cual se dio cumplimiento a la suspensión del cargo, como lo alega la entidad, en razón a que su naturaleza corresponde a la de un acto de ejecución, que no definió el fondo de la situación jurídica del actor, por cuanto ya había sido resuelta con las decisiones de primera y segunda instancia, a través de las cuales se impuso la sanción. Los actos de ejecución, al no tener la connotación de definitivos, no son susceptibles de pronunciamiento de fondo, salvo que la administración, al dar cumplimiento a estos, adopte determinaciones nuevas y diferentes a las contenidas en los actos cumplidos, pero este no es el caso.

2.3.3 Indebido agotamiento de la vía gubernativa. La sustenta en que en el recurso de apelación contra la Resolución 2 de 30 de julio de 2009 el demandante no precisó el concepto de la presunta violación, sino que se limitó



a cuestionar la falta de competencia de los funcionarios que llevaron acabo la actuación disciplinaria.

Al respecto, observa la Sala que la entidad, de hecho, acepta que el actor interpuso el recurso de apelación, actuación que, junto con el acto que lo resolvió, dio por agotada la vía gubernativa, de acuerdo con lo previsto en los artículos 62 (ordinal 2), 63 y 135 de CCA, aplicables al caso; este último decía: «*La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un procedimiento administrativo y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo*», y la vía gubernativa se agota cuando los recursos interpuestos se hayan decidió, según el artículo 63 *ibidem*. A través de la Resolución 1548 de 6 de noviembre de 2009 (ff. 166 a 187), el superintendente nacional de salud (*ad-hoc*) resolvió el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el acto que en primera instancia lo sancionó.

Ahora, la apelación no solo fue sustentada en la falta de competencia de los funcionarios que expidieron los actos demandados, como erradamente lo afirma la entidad en la excepción, pues si se revisa la decisión administrativa de segunda instancia, observa la Sala que también invocó el actor «*Violación a la presunción de inocencia*» (f. 162), «*Inexistencia de la proporcionalidad y razonabilidad en la presente acción disciplinaria*» (f. 171) y «*Desconocimiento de la libertad de expresión e información*» (f. 172), argumentos que posteriormente utilizó como fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. Por lo anterior, se declarará no probada la excepción.

2.4 Problema jurídico. Corresponde a la Sala determinar si los actos acusados se expidieron con infracción de las normas citadas en la demanda y violación del debido proceso, falsa motivación y falta de competencia, de conformidad con lo indicado en los hechos y en los cargos planteados en los antecedentes de esta providencia.

2.5 Pruebas relevantes. Se hará referencia a las que guardan relación con el problema jurídico derivado de las causales de nulidad invocadas en la demanda:

- El demandante ingresó a la Superintendencia Nacional de Salud el 11 de febrero de 1993 al cargo de *auxiliar administrativo* 5120-08 en provisionalidad; mediante Resolución de 10 de diciembre de 2007 fue encargado del empleo de *secretario ejecutivo* 4210-16, del cual tomó posesión el 12 de los mismos mes



y año; para la época los hechos lo desempeñaba en la superintendencia delegada para la función jurisdiccional y de conciliación. Lo anterior fue certificado por la coordinadora del grupo de desarrollo humano de la entidad el 15 de enero de 2008, en memorando que reposa en los folios 172 a 174 del cuaderno 1 del expediente.

- Hacen parte de la actuación disciplinaria copia de los correos electrónicos y del autodenominado por el actor «*pasquín panfletario*»¹⁴ que elaboraba, publicaba y distribuía al interior de la entidad, bajo el supuesto de ser representante de los empleados, en los que censuraba y criticaba la gestión de la entidad y sus directivos y de manera directa a algunos funcionarios, como al superintendente y al ministro de salud, con expresiones, según la entidad, inapropiadas e irrespetuosas o injuriosas, documentos a los que la Sala hará mención de manera concreta al resolver el cargo correspondiente formulado en la demanda.

- Por los anteriores correos y publicaciones la oficina de control disciplinario interno de la superintendencia abrió *indagación preliminar* contra el actor el 28 de marzo de 2008, con el fin de establecer si su conducta constituía falta disciplinaria (ff. 3 a 6 de la carpeta 1).

- Con «*Auto No. 0010*» de 28 de abril de 2008 (ff. 38 a 46, Cdno. 1) la precitada oficina solicitó de la Procuraduría General de la Nación que, por el poder preferente, asumiera la investigación disciplinaria contra el actor, ya que «...*las circunstancias que inicialmente dieron origen a una indagación por presunto uso indebido de una herramienta tecnológica al servicio de la entidad, ...a la fecha ha tomado unas dimensiones que desbordan el conocimiento y competencia asignados mediante Resolución 1052 de 2007 por cuanto conllevan una serie de denuncias que involucran un Ministro, el actual Superintendente Nacional de Salud en encargo, a unos Superintendentes Delegados y la actual Secretaria General, lo cual genera evidente conflicto de competencias, que obligan a solicitar la intervención de la Procuraduría ...*» (f. 44). El 3 de septiembre de la misma anualidad la investigadora de la superintendencia solicitó de la procuraduría información acerca del requerimiento hecho (f. 73) y esta mediante comunicación de 12 de diciembre de 2008 rechazó la petición de ejercer el poder preferente (f. 117, Cdno. 1), ante

¹⁴ Obran en los folios 1 a 2, 22 a 24, 31 a 38, 65 a 71, 74 a 92, 115 a 116, 141 a 143 y 178 a 183 del cuaderno 1; 73 a 76, 217 a 220, 248 a 250 del cuaderno 2 y; 557 a 559, 630 a 634 del cuaderno 3.



lo cual la funcionaria reasumió la competencia del caso con «Auto No. 0050» de 24 de diciembre de 2008 (f. 118, Cdno. 1).

- El 9 de enero de 2009 con «Auto No. 0001» (ff. 151 a 159, Cdno. 1) se abrió la investigación disciplinaria contra el demandante, que se le notificó personalmente en la misma fecha (f. 161, Cdno. 1).

- El 9 de febrero siguiente, la demandada le formuló al actor pliego de cargos a través del «Auto 0008» (ff. 1 a 71), por presunta violación de los artículos 34 (numerales 1, 4, 6, 7, 11, 24 y 25) y 35 (numerales 1, 6, 9 y 17) de la Ley 734 de 2002¹⁵, al haber elaborado y/o editado y difundido escritos en los que afectaba derechos constitucionales fundamentales de terceros en su dignidad, honra y buen nombre, pues consideró que «*asignar motes o alias a las personas, por razón de percepciones personales sobre su cuerpo, o su desempeño laboral, o sus calidades intelectuales o profesionales, contraría el derecho constitucional fundamental a la dignidad y al buen nombre ...*» (f. 57). Calificó la falta como *grave*, a título de *dolo*.

- Con acto de 10 de marzo de 2009 se decretaron las pruebas solicitadas por el actor, algunos testimonios de oficio y se ordenó tener como prueba el correo electrónico “Día de las mujeres” remitido por el actor (ff. 99 a 112).

- El 9 de julio de 2009 (f. 621, Cdno. 3) se corrió traslado por diez (10) días para que el demandante alegara de conclusión en la actuación disciplinaria, decisión notificada en el estado de 10 de julio de 2009 (f. 626, Cdno. 3). No presentó alegaciones (f. 638, Cdno 3).

2.6 Debido proceso en el procedimiento disciplinario. Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002 establecen la garantía del debido proceso, que comprende un conjunto de principios materiales y formales de obligatorio acatamiento por parte de los operadores disciplinarios, en cuanto constituyen derechos de los sujetos disciplinables que se traducen, entre otras cosas, en la posibilidad de defenderse; presentar y controvertir pruebas e impugnar las decisiones que los afecten; cuando ello no ocurre el sancionado puede acudir ante el juez de lo contencioso-administrativo en demanda de nulidad de las decisiones adoptadas por los funcionarios administrativos, si se evidencia una violación del debido proceso.

¹⁵ Notificado personalmente el 16 de febrero de 2009 (f. 82, Cdno. 2).



La Corte Constitucional¹⁶ al respecto ha sostenido: «*Las garantías establecidas en virtud del debido proceso administrativo, de acuerdo a la jurisprudencia sentada por este alto Tribunal, son las siguientes: "(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.*»

2.7 Caso concreto relativo a los problemas jurídicos derivados de las causales de nulidad invocadas en la demanda. La Sala negará la súplicas de la demanda por las siguientes razones:

2.7.1 Los funcionarios que expidieron los actos demandados tenían competencia para ello; la jefe del grupo de control disciplinario interno, quien actuó como primera instancia, pertenecía a un nivel superior (asesor) al del investigado y no se demostraron impedimentos, ni conflicto de intereses. La segunda instancia fue resuelta por un superintendente *ad hoc* para garantizar imparcialidad. Ausencia de expedición irregular. Cuestiona el demandante que la investigadora en el procedimiento disciplinario de primera instancia no tenía competencia porque desempeñó el «doble rol» de asesora del despacho del superintendente y a la vez jefe de la oficina de control disciplinario interno, circunstancia que afecta la autonomía, independencia e imparcialidad y no garantizaba el principio de la segunda instancia.

Para dilucidar el tema, la Sala acude, en primer lugar, a la normativa que regula el ejercicio del control disciplinario interno en las entidades. La Ley 734 de 2002 al respecto preceptúa:

ARTÍCULO 76. CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores.

¹⁶ Sentencia T-051 de 2016.



Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.

En aquellas entidades u organismos donde existan regionales o seccionales, se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel, con las competencias y para los fines anotados.

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia. [...]

PARÁGRAFO 2o. Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos mínimo del nivel profesional de la administración.

PARÁGRAFO 3o. Donde no se hayan implementado oficinas de control interno disciplinario, el competente será el superior inmediato del investigado y la segunda instancia corresponderá al superior jerárquico de aquél.

Si la ley permite que las investigaciones disciplinarias puedan ser adelantadas por el superior inmediato del investigado y la segunda instancia sea el superior jerárquico de aquel, como lo establece el parágrafo 3° de la norma trascrita, con mayor razón lo puede hacer el jefe de la oficina de control disciplinario interno, la cual a su vez no requiere que esté **creada** dentro de la estructura de la entidad por la autoridad competente; basta la facultad que concede en la ley al nominador para **organizar** una unidad u oficina del más alto nivel y «*Se entiende por oficina del más alto nivel la conformada por servidores públicos **mínimo del nivel profesional de la administración***» (se resalta), siempre que la segunda instancia sea el nominador.

De lo anterior se infiere que el funcionario que *designa* el director la entidad u organismo como coordinador (jefe) de la mencionada unidad u oficina, debe ostentar mínimo un cargo del *nivel profesional* en la planta de personal y está facultado para actuar como primera instancia disciplinaria en el respectivo ente. En el presente caso, la responsable lo era del *nivel asesor*, como lo reconoce el demandante.

La Corte Constitucional, al respecto, en la sentencia C- 1061 de 2003, sostuvo: «... per se no es contrario a la Constitución atribuir al superior inmediato del investigado el ejercicio del control disciplinario en primera instancia. Se trata de una opción que, en principio, se encuentra dentro del ámbito de



configuración del legislador, sin que resulte un imperativo del debido proceso que el control disciplinario, en su primera instancia, se ejerza por una unidad u oficina especializada.» y que «para garantizar la imparcialidad de quien ejerce la potestad disciplinaria, el ordenamiento jurídico ha previsto las causales de impedimento y recusación. Del mismo modo, está contemplada la garantía de la doble instancia. Y cabe también la posibilidad de que se acuda al poder prevalente de la Procuraduría General de la Nación, para que ésta asuma el conocimiento de un determinado proceso, amén de que corresponde a la misma Procuraduría ejercer la vigilancia disciplinaria sobre la conducta de quienes adelantan una investigación disciplinaria cualquiera».

De acuerdo con lo expuesto, *ab initio*, no resulta contrario a la ley, que el superintendente de salud haya designado mediante Resolución 1052 de 27 de junio de 2007 a la funcionaria María Claudia Soto Franco, quien ocupa el cargo de “Asesor Grado 13 Código 1020 del Despacho [del superintendente] a fin de que conozca y tramite los procesos disciplinarios de Primera Instancia que se adelanten en contra de los servidores de la Entidad, que desempeñen cargos con grado igual o inferior a la de Asesor Grado 13, en los términos establecidos en el Código Disciplinario Único, lo cual implicará, además, el registro y control de los procesos con responsabilidad y reserva» (transcripción hecha por la entidad en el folio 287 dorso).

Para el momento de los hechos investigados el actor desempeñaba un cargo de nivel inferior al de la investigadora, esto es, *secretario ejecutivo* código 4210, grado 16, nombrado por Resolución 2025 de 10 de diciembre de 2007, del cual tomó posesión el 12 de los mismos mes y año (f. 388), hecho que las partes no discuten, por consiguiente ella tenía competencia para adelantar la actuación disciplinaria.

Por otra parte, la Resolución 1052 de 27 de junio de 2007, por la cual se designó a la señora Soto como responsable de la oficina de control disciplinario interno, goza de presunción de legalidad, no fue demandada en el presente proceso, por tanto, surte todos los efectos legales que de ella se desprenden, conforme a la legislación que para ese momento regía, esto es, el artículo 66 del CCA, según el cual «los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo»

Así pues, como las inconformidades expuestas por el demandante están dirigidas contra la investigadora de primera instancia por su condición de asesora, que en el fondo implica un ataque de ilegalidad contra el acto que la



designó y no contra el acto sancionatorio demandado, el cargo de falta de competencia y de expedición irregular se declara no probado.

Acusa el demandante que tampoco era competente *«quien decidió la segunda instancia»*; *«Que si el superintendente de salud consideró que por estar involucrado en la temática de la acción disciplinaria no era garantía del debido proceso, el competente para decidir la segunda instancia era el Procurador General de la Nación, no un superintendente ad hoc»* [subrayas del texto original] (f. 199).

Revisado el expediente disciplinario, encuentra la Sala que la superintendencia demandada, mediante decisión de 10 de abril de 2008 (f. 33), solicitó de la Procuraduría General de la Nación que ejerciera el poder preferente en la investigación contra el actor; en respuesta y para el efecto, el órgano de control practicó una visita especial a la entidad, revisó el expediente disciplinario en cuestión y después de evaluar las condiciones en que se desarrollaba la actuación disciplinaria *rechazó la petición* a través de *«auto del 20 de Octubre de 2009»* en el que concluyó que *«... no se evidencia al interior del plenario una persecución sistemática por parte de algunos funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud, contra el señor Franco Mendoza,...»*; explicó que *«Una vez revisado el expediente N° NCRD-050308 (fls 159-160), se advierte que en el trámite del mismo, no se evidencian las presuntas violaciones al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción aducidas por el señor Federico Franco Mendoza, en su solicitud de ejercicio del poder preferente por parte de la Procuraduría General de la Nación. Si bien es cierto que el señor Franco Mendoza no presentó alegatos de conclusión previos al fallo de primera instancia, esto obedeció a que dicho señor no ejerció este derecho...»* (f. 910, Cdo 4). Y añadió: *«Ahora bien, el hecho que el señor Superintendente Nacional de Salud se haya declarado impedido para conocer del recurso de apelación interpuesto por el disciplinado contra el fallo de primera instancia y que el mismo sí hubiere sido aceptado por el señor Ministro de la Protección Social, desvirtuó lo manifestado por el señor Franco Mendoza, en el sentido de que el Superintendente no es garantía del debido proceso...»* (f. 911, Cdo 4).

En tales circunstancias, la determinación de la Procuraduría de haber concluido que no era necesario que ejerciera el poder preferente, también goza de la presunción de legalidad, por consiguiente no vicia los actos demandados.



Otras manifestaciones de que la Superintendencia garantizó la imparcialidad en la actuación disciplinaria contra el demandante lo son, i) la solicitud que hizo a la procuraduría para que designara un veedor con el fin de que vigilara toda la actuación contra el señor Federico Franco Mendoza (ff. 92 a 95, Cdno 2), y ii) el posterior impedimento del señor superintendente para desatar el recurso de apelación contra el acto sancionatorio de primera instancia, a cuyo efecto el señor Ministro de la Protección Social lo encontró fundado y lo aceptó a través de la Resolución 3361 de 11 de septiembre de 2009 (ff. 783 a 784, Cdno 4) y, para tal efecto, por Decreto 3575 del 17 de los mismo mes y año (ff. 783 a 784, Cdno 4) nombró a la superintendente del subsidio familiar como Superintendente Nacional de Salud *ad hoc*, con el fin de que resolviera el recurso, cómo en efecto lo hizo a través de la Resolución 1548 de 6 de noviembre de 2009, en la que confirmó la sanción al demandado.

Del examen de las actuaciones que se acaban de relatar, la Sala arriba a la convicción de que la funcionaria que hizo las veces de segunda instancia también ejerció sus atribuciones con plena validez, conforme a la ley, de manera que el cargo por falta de competencia en dicha instancia tampoco está llamado a prosperar.

2.7.2 No configuró violación del debido proceso el vencimiento del término señalado para las etapas del procedimiento disciplinario, ni la pérdida de competencia de la funcionaria que adelantó el procedimiento; la superación del término de la *indagación preliminar* aparece justificada en el expediente. Argumenta el actor que el 28 de septiembre de 2008 se cumplieron los seis (6) meses de *indagación preliminar* previstos en el artículo 150 del CDU, sin embargo, la actuación continuó. Estima que el vencimiento del término implicaba la *inexistencia* de la actuación posterior, incluido el pliego de cargos y las pruebas, en consecuencia, debió archiversse el expediente.

Sobre el incumplimiento de términos en la actuación disciplinaria, esta Sala¹⁹, aun desde la aplicación de la Ley 200 de 1995, ha sostenido que «[...] el vencimiento de los plazos no implica la pérdida de competencia para actuar en cuanto que, como ya tuvo oportunidad de expresarlo la Sala²⁰, las normas

¹⁹ Sentencia de 8 de noviembre de 2007, C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, expediente 47001-23-31-000-2001-00955-01(3834-04)

²⁰ En sentencia de 18 de octubre de 2007 Exp. No. 760012331000200303595 01 (2250-2006) Actor: Nelly Caicedo Lourido. C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado, precisó la Sala: “La Corte Constitucional mediante la sentencia C-720 de 2000, declaró la exequibilidad de la norma en mención (Art. 141 de la Ley 200 de 1995) y al respecto estableció que el legislador en ejercicio de su libertad configurativa está facultado para fijar las diferentes etapas y términos de los procesos disciplinarios. No obstante lo anterior, el vencimiento del plazo no implica como lo señala la parte recurrente la pérdida de competencia para actuar porque las normas



disciplinarias previstas en los artículos 55 y siguientes de la ley 200 de 1995 no estatuyen como consecuencia para el funcionario disciplinante la pérdida de la facultad para continuar conociendo el asunto y, tampoco se encuentra prevista como causal de nulidad del proceso disciplinario, el adelantamiento de actuaciones después de vencidos los plazos [...]».

En vigencia de la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, esta Colegiatura ha reiterado que el vencimiento del término señalado para las etapas del procedimiento disciplinario puede acarrear sanciones para el funcionario quien tiene a cargo realizar las diligencias y por descuido deja superar el término, pero no es causal de la nulidad de los actos recurridos, si no se presenta violación al debido proceso, y tampoco implica la pérdida de competencia del funcionario que adelanta el procedimiento²¹.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-901 de 2005, sobre los efectos del incumplimiento de términos en la actuación disciplinaria, señaló:

De lo expuesto se infiere que el incumplimiento del término de indagación previa no conduce a que el órgano de control disciplinario incurra automáticamente en una grave afectación de garantías constitucionales y a que como consecuencia de ésta toda la actuación cumplida carezca de validez. Esto es así en cuanto, frente a cada caso, debe determinarse el motivo por el cual ese término legal se desconoció, si tras el vencimiento de ese término hubo lugar o no a actuación investigativa y si ésta resultó relevante en el curso del proceso. Es decir, del sólo hecho que un término procesal se inobserve, no se sigue, fatalmente, la conculcación de los derechos fundamentales de los administrados pues tal punto de vista conduciría al archivo inexorable de las investigaciones por vencimiento de términos y esto implicaría un sacrificio irrazonable de la justicia como valor superior y como principio constitucional. [...] si aparecen cumplidos los objetivos pretendidos con la indagación preliminar, nada se opone a que se abra investigación disciplinaria pues precisamente esta es una de las decisiones que se pueden tomar en tal momento. [...]

disciplinarias que contemplan el factor de la competencia previstas en los artículos 55 y s.s. de la Ley 200 de 1995 no estatuyen como consecuencia para el funcionario disciplinante la pérdida del poder de continuar conociendo del asunto y tampoco se prevé como causal de nulidad del proceso disciplinario el adelantamiento de actuaciones después del plazo anterior a voces del artículo 131 y s.s. ibídem.

Además, como la misión de la autoridad disciplinaria durante el trámite de la indagación preliminar es establecer si se presentó una actuación constitutiva de falta disciplinaria y a quien podría imputársele la autoría de ese comportamiento, esa misma autoridad estaría abocada a ver comprometida su conducta disciplinaria con el desconocimiento de los términos para cumplir la función inherente a esta etapa”.

²¹ Sentencia de 30 de julio de 2015, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 11001-03-25-000-2010-00142-00 (0609-12).



En el caso del demandante, revisado el expediente administrativo, observa la Sala que la indagación preliminar que involucró al señor Federico Franco Mendoza se abrió el 28 de marzo de 2008 (ff. 7 a 12, Cdno. 1) y la investigación disciplinaria lo fue el 9 de enero de 2009 (ff. 151 a 159, Cdno 1); ambas decisiones fueron tomadas por la jefe de control disciplinario interno de la superintendencia. Entre una y otra actuación se practicaron pruebas testimoniales y se incorporaron las documentales; el 28 de abril de 2008 la entidad dispuso la acumulación de «unas causas» y que se solicitara de la Procuraduría General de la Nación el ejercicio del poder preferente, en vista de que los hechos involucraban al jefe de oficina de control disciplinario interno y al superintendente (ff. 33 a 41, Cdno. 1). Así, mediante comunicación de 30 de abril de 2008, la entidad materializó la solicitud a la procuraduría para que asumiera la investigación y después de varios requerimientos, como los de 15 de agosto de 2008 (f. 71, Cdno. 1) y 3 de septiembre del mismo año (f. 73, Cdno. 1), el órgano de control rechazó la petición con decisión de 10 de diciembre de 2008 (f. 197, Cdno. 1), comunicada a la superintendencia a través del oficio de 12 de los mismos mes y año (f. 197, Cdno. 1), fecha para la cual ya habían transcurrido los 6 meses desde la apertura de la indagación preliminar. Por ello, la oficina de control disciplinario interno de la superintendencia reasumió la competencia del caso por medio de acto de 24 de diciembre de 2008 y produjo la sanción de primera instancia el 30 de junio de 2009 (ff. 2 a 165, Cdno ppal).

De esta forma de verifica que la superación del término de los seis (6) meses de la *indagación preliminar* sin que se haya dado apertura a la investigación disciplinaria no ocurrió por negligencia o descuido de la investigadora y tampoco se observa que tal hecho haya constituido desconocimiento de los derechos fundamentales del actor. En consecuencia, el cargo de violación del debido proceso por esta casual no tiene vocación de prosperidad.

El demandante también cuestiona que la investigadora inexplicablemente dejó pasar el tiempo y lo aprovechó para ir coleccionando los *pasquines panfletarios* que sacaba el disciplinado para incorporarlos periódicamente a la investigación, pero la Sala observa que el mismo investigado hizo lo propio (y peor aún), pues cuando el procedimiento disciplinario se hallaba en la etapa de traslado para que las partes presentaran alegaciones finales, aportó al expediente uno de tales *pasquines* el 13 de julio de 2009 (ff. 629 a 634), es decir, después de agotada la etapa probatoria.



De modo que no puede calificarse de irregular la actuación de la entidad cuando el mismo comportamiento, pero realizado por el actor, lo considera legítimo, amén de que la demandada sí incorporó tales documentos dentro del término probatorio, que no el actor. Además, el demandante no presentó alegatos, según la constancia que reposa en el folio 638 del cuaderno 3, y de ello no se puede derivar responsabilidad por violación de los derechos del debido proceso y defensa del demandante por parte del ente investigador.

Censura igualmente el actor que el recurso de reposición (f. 637 Cdno 3) contra el acto que ordenó el traslado para alegar de conclusión se resolvió en la decisión de primera instancia, cuando debió serlo antes para así tener un término más prolongado para presentar las alegaciones.

Observa la Sala que el mencionado recurso tuvo como objeto que se revocara la decisión con la cual la superintendencia dispuso el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, en razón a que a través del escrito de 7 de julio de 2009 el actor había solicitado que se requiriera de la Procuraduría General de la Nación que remitiera unos documentos que a la fecha no hacían parte del expediente; no obstante, verifica esta Corporación que tales documentos sí fueron allegados a la investigación disciplinaria y de ello dejó constancia la oficina de control disciplinario interno en la decisión que llamó a alegatos de conclusión, así: *«En cuanto a los oficios para fuera de la entidad, específicamente a la Procuraduría General de la Nación Consta visible a folios 367 que fue solicitado por esta Secretaría y se obtuvo respuesta como consta a folios 442 a 444; 449 a 451; 578 a 592 y 595 a 615...»* (f. 619, Cdno. 3), documentos que, dicho sea de paso, ninguna relación tienen con la causa que se investigaba.

Así las cosas, la entidad no vulneró derecho sustancial alguno al demandante, ni los actos demandados fueron falsamente motivados.

2.7.3 No se demostró desproporcionalidad de la sanción. La invocó el demandante, de manera generalizada y abstracta, en que la entidad acudió a pruebas no decretadas; que se le desconocieron sus roles como representante de los trabajadores y no se tuvieron en cuenta documentos importantes, pero no los precisó.

Pese al esfuerzo interpretativo de la demanda, la vaguedad de las imputaciones hechas en este cargo no permite a la Sala hacer un examen concreto y de fondo,



empero, sí puede, al menos, aseverar que dentro la investigación disciplinaria no hay actuación o prueba alguna respecto de la cual se pueda inferir que la condición de representante de los trabajadores invocada por el demandante haya motivado el reproche disciplinario, ni observa la Sala vulneración alguna de los derechos sustanciales del actor por parte de la superintendencia.

2.7.4 Son inadmisibles las manifestaciones e imputaciones deshonrosas que atenten contra la dignidad y buen nombre de las personas, hechas so pretexto de la libertad de expresión, como lo hizo el demandante. En cuanto al desconocimiento del derecho fundamental a la *libertad de expresión e información*, se limitó el actor a sostener que la investigadora «*convirtió el cuestionamiento inicial sobre utilización del correo interno de la entidad, en un ataque dosificado y frontal en contra de la publicación que editaba el actor y de los contenidos de esta derivó responsabilidad disciplinaria*» (f. 208).

Al revisar los denominados *pasquines panfletarios* que expedía el demandante con periodicidad mensual y los correos electrónicos que dirigió a todos los funcionarios de la superintendencia, efectivamente, se observan expresiones que en realidad atentan contra la dignidad y respeto de algunos de ellos, v.gr. en los folio 557 del cuaderno 3 el actor expresó «*el señor de Control Interno.... no sabemos para donde va este "grandioso" funcionario*»; «*desde aquí le decimos a control interno usted tiene huevo, el señor Superintendente Mario[Mejía Cardona] tiene huevo ...*»; en el *pasquín* de 24 de febrero de 2009 expresó «*Y el de turno [el superintendente Mejía Cardona] ahí...sigue... masturbado...más indolente... más cínico; el de turno se hace ciego y sordo*» (f. 73 del cuaderno 2); en referencia al funcionario Norberto Agudelo Valencia, afirmó «*Sabe usted qué es una entidad pública. Una vez contestado este interrogante pregúntese usted si es un ladrón o no lo es*» (f. 248 cuaderno 2); en la publicación de julio de 2008 se refiere a «*El Súper inocuo Intendente y el Ministro de la Desprotección Social*» (f. 66); en alusión a la coordinadora del grupo de desarrollo humano de la entidad, señora Olga Clemencia Hernández Márquez, la catalogó como que «*... es la persona idónea para manejarla como un títere ... pues les falta personalidad y carácter*» y respecto del superintendente manifestó «*Don Mario tenga personalidad y carácter Don Mario parece un avestruz...*», por citar solo algunos ejemplos.

Sobre el derecho al buen nombre y la honra de las personas, la Corte Constitucional en la sentencia T-471 de 1994 señaló: «*Se atenta contra este derecho cuando, sin justificación ni causa cierta y real, es decir, sin*



fundamento, se propagan entre el público -bien en forma directa y personal, ya a través de los medios de comunicación de masas- informaciones falsas o erróneas o especies que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen.[...]Existe la posibilidad que quien emite un comunicado o información lesione o amenace lesiona los derechos constitucionales fundamentales a la honra y al buen nombre de una persona, al involucrarla en la comisión de hechos delictivos o ilícitos sin exhibir prueba y sin apoyarse en sentencia judicial condenatoria; que difunda versiones erróneas o falsas, o que desconozca el derecho a la intimidad personal o familiar. En tales hipótesis, quien emite dicha información, compromete su responsabilidad y por lo tanto, su actuación es susceptible de las acciones previstas en la ley...».

De manera que son social y jurídicamente inadmisibles las manifestaciones e imputaciones deshonrosas que atenten contra la dignidad y buen nombre de las personas, hechas so pretexto de la libertad de expresión, como lo hizo el señor Franco Mendoza.

Uno de los principios fundantes del Estado social de derecho es justamente el reconocimiento de la *dignidad humana* (Constitución Política, artículo 1), entendido como el derecho que tiene cada ser humano de ser respetado y estimado por el mero hecho de ser persona, frente a lo cual surge la obligación recíproca de los demás de actuar en consonancia. No en vano el constituyente primario elevó a canon constitucional (artículo 15) el derecho que tienen todas las personas *a su buen nombre* y el deber que tiene el Estado de respetarlo y *hacerlo respetar*, por eso, bajo este mandato constitucional, hizo bien la entidad al sancionar al actor por atentar contra el respeto y la dignidad humana de diferentes funcionarios con manifestaciones injuriosas, como se demostró en el expediente, lo cual también encuentra respaldo en el Código Disciplinario Único, en cuyo artículo 8º dispone «*Quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*», quiere decir la norma, no solo el investigado.

A propósito de la honra y del buen nombre de las personas, la Corte Constitucional, en la sentencia C- 398 de 2002, reiteró:« *La jurisprudencia de la Corte en este campo ha señalado así mismo que la protección del derecho a la honra, entendida como la estimación o deferencia con la que cada persona*



debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana, es un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad²²».

2.7.5 La connotación jurídica de la falta como grave se ajustó a derecho; la oficina de control disciplinario interno se apoyó objetivamente en los criterios del artículo 43 de la Ley 734 de 2002. Finalmente, expresa el actor en los alegatos de conclusión que las pruebas en las cuales se fundamentó la *calificación jurídica* de la falta, esto es, los escritos suscritos de los señores Juan Gabriel Durán, Nelson Mayorga y Sonia Adriana no fueron decretados y, por lo tanto, son nulos y no se pueden tener en cuenta.

Al respecto verifica la Sala que este asunto no fue cuestionado en su momento por el actor en las oportunidades que legalmente tenía, como en los alegatos de conclusión ante la superintendencia (no los presentó)²³ ni en el recurso de reposición contra la sanción de primera instancia. El artículo 147 del CDU preceptúa que *«Las solicitudes de nulidad podrán formularse antes de proferirse el fallo definitivo y deberá indicar en forma concreta la causal o causales y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten»*, requisitos legales que en el caso *sub examine* no se cumplieron, por cuanto la inconformidad la invocó en sede judicial.

No obstante, acota la Sala que no se evidencian irregularidades sustanciales que afecten el derecho de defensa del actor, en razón a que tales escritos aparecen mencionados solo por referencia que de ellos hizo la testigo, señora Olga Mireya González Torres (f. 101 Cdno ppal), y la responsabilidad disciplinaria del actor se fundamentó en otras pruebas.

Para declarar la nulidad se requiere que el hecho afecte de manera protuberante el debido proceso y este no es el caso, en razón a que tales escritos no fueron determinantes para la calificación jurídica de la falta, como lo quiere presentar el actor, pues para establecer que la conducta tuvo la connotación de *grave*, la oficina de control disciplinario interno, basada en las demás pruebas y apoyada en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002²⁴, tuvo en cuenta las circunstancias en

²² Ver Sentencia T-411/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²³ Folio 639 de la carpeta 3

²⁴ «ARTÍCULO 43. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD O LEVEDAD DE LA FALTA. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:



que el demandante cometió la falta, el aprovechamiento del nivel de confianza depositada en él, el uso indebido de información privilegiada y de bienes y elementos oficiales a su cargo, así como la preparación premeditada de la conducta, entre otras razones (ff. 101 a 102 Cdno ppal), asunto a los cuales no hacen referencia los escritos de los señores Juan Gabriel Durán, Nelson Mayorga y Sonia Adriana. En tal virtud, el cargo tampoco resultó probado.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra ajustada a derecho la sanción impuesta al demandante por vulnerar las normas y deberes funcionales relacionados en los actos acusados. Por consiguiente, se negarán las súplicas de la demanda.

2.8 Otros aspectos procesales.

2.8.1 Condena en costas. No se procederá a ello respecto de la parte vencida, dado que en el prisma del artículo 171 del CCA no se advierte, en síntesis, abuso en la actuación, en la medida en que, como lo ha sostenido esta Corporación³², la oposición carece de temeridad porque quien la presentó le asiste un fundamento razonable. Tampoco se detecta una injustificada falta de colaboración o proceder con interés meramente dilatorio que conduzca a considerar que incurrió en una conducta reprochable que la obligue a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.

2.8.2 Reconocimiento de personería. En vista de que la entidad demandada constituyó nuevo mandatario (folio 421), se reconocerá personería al profesional del derecho destinatario del poder.

1. El grado de culpabilidad.
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.
4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
7. Los motivos determinantes del comportamiento.
8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.
9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.»

³² Sentencia del 18 de febrero de 1999; Radicación 10775, M.P. Ricardo Hoyos Duque.



Expediente: 11001-03-25-000-2013-00699-00 (1404-2013)
Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Actor: Federico Franco Mendoza

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º. Decláranse no probadas las excepciones de ineptitud de la demanda e indebido agotamiento de la vía gubernativa.

2º Niéganse las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el señor Federico Franco Mendoza contra la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con la motivación

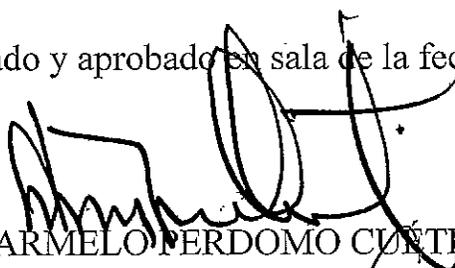
3º. Reconócese personería al abogado Edwin Miguel Murcia Mora, identificado con cédula de ciudadanía 79.554.549 y tarjeta profesional de abogada 99.306 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos del poder que reposa en el folio 424 del expediente.

4º. No condenar en costas a la parte demandada.

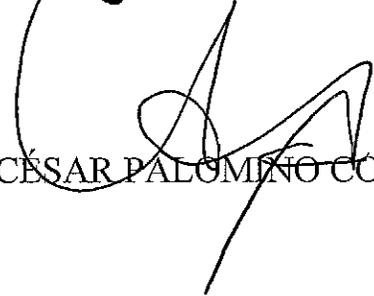
5º. En firme esta providencia, archívense las diligencias, previas las constancias y anotaciones que sean menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.


CARMELO PERDOMO CUÉTER


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ


CÉSAR PALOMINO CORTÉS